

# «SOLUCIÓN EXTRAJUDICIONAL DE CONFLICTOS: ADR EN ESPAÑA»

Silvia Barona Vilar

## I. Consideraciones generales



El desarrollo social, cultural y económico de las sociedades occidentales ha provocado una proliferación de relaciones jurídicas y con ellas la aparición de un aumento importante de la conflictividad social. El resultado de esta situación ha supuesto la aparición del fenómeno de la jurisdiccionalización de toda la sociedad, fenómeno producido de manera diferente en los distintos países de nuestro entorno, si bien en todos ellos con una nota común: el control y la fiscalización de *todo* por los órganos jurisdiccionales.

En España el desarrollo de un verdadero Poder Judicial se debió a la promulgación de la Constitución Española de 1978, que sentó los principios y el ámbito de aplicación del Poder Judicial, así como las garantías para su configuración como verdadero Poder, diferenciado e independiente de los otros poderes del Estado. Las garantías que se otorgan por el legislador español al justiciable en el desarrollo del proceso han sido muchas de ellas elevadas al rango constitucional, lo que sumerge a los mismos en la apertura hacia la solución más garantista de los conflictos jurídicos. Era necesario en el contexto político de aquel entonces la consagración del Poder Judicial desde el marco constitucional, como el mecanismo a través del

cual se alcanza la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos.

Sin embargo, los acontecimientos de finales de este siglo han desbordado, con mucho, las previsiones que garantizaban lo que en aquellos años setenta era imprescindible garantizar. Factores en gran medida exógenos, que eran imprevisibles a comienzos de este siglo, han convertido en inoperantes, en muchas ocasiones, los cauces jurisdiccionales de solución de conflictos, ante el aumento progresivo de asuntos que alcanzan y pretenden una decisión judicial de los mismos. A estos efectos, los factores que han provocado la desestabilización del sistema jurisdiccional son el aumento de los conflictos jurídicos, y la incapacidad de ser asumidos por los órganos jurisdiccionales del Estado, así como la calidad de estos conflictos, derivada de la complejidad de las causas que se incoan ante los Tribunales.

Durante mucho tiempo fueron característicos los conflictos privados, fundamentalmente los incardinados en el ámbito de la propiedad o de la persona física, habiendo ido, poco a poco, delimitándose un modelo distinto donde se ha evidenciado un trasvase de lo

---

Silvia Barona V. es Catedrática de Derecho Procesal, Directora del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España.

privado hacia lo público, de lo individual a lo colectivo. En suma, una sociedad tecnológica en alza, donde los valores sociales priman sobre los individuales, donde la tecnología ha hecho evolucionar los parámetros de comportamiento de los ciudadanos y donde la reglamentación administrativa va en ascenso, tiene que conllevar necesariamente un aumento de la litigiosidad, generando, en algunas ocasiones, los denominados litigios transfronterizos, siendo todos ellos elementos que complican, cuando no imposibilitan, una solución de los conflictos jurídicos que se alcance de manera racional, tanto en el tiempo como en lo que en coste del mismo supone.

En ese marco de crisis del Poder Judicial debemos incardinar el movimiento de búsqueda de alternativas para la solución de los conflictos jurídicos. Este movimiento no obedece, sin embargo, a un fenómeno exclusivo español, sino, antes al contrario, responde a unas coordenadas que se encuadran tanto dentro como fuera de nuestras fronteras. Una tendencia euro-peísta en alza hacia la búsqueda de soluciones extrajurisdiccionales va a afectar a nuestro país de manera evidente, sin olvidar que estos movimientos surgen en el ámbito de los sistemas anglosajones, especialmente en EEUU.

## II. El movimiento de la ADR y su nacimiento en los sistemas anglosajones

Fue precisamente el presidente de la Universidad de Harvard y antiguo decano de la Facultad de Derecho Derek Bok el que

definía el sistema americano de resolución de controversias como un "sistema sembrado de las esperanzas defraudadas de aquellos que lo encuentran demasiado difícil de comprender, demasiado quijotesco para imponer respeto y demasiado caro para resultar práctico"<sup>1</sup>. Esa visión crítica del sistema americano responde a la misma realidad evolucionada de la situación de la justicia americana, provocada por el aumento de las causas incoadas ante los tribunales, derivada del incremento de la población, de la complejidad de las materias que se presentan, así como de la tendencia legislativa federal hacia la regulación de cuanto implique protección de los derechos civiles, las empresas y más recientemente los consumidores frente a productos nocivos y ambientes o aguas contaminadas, provocándose, con todo ello, un espectacular aumento de las causas ante los juzgados federales, de manera tal que se ha llegado a alcanzar hasta el triple de asuntos desde 1970 hasta fechas recientes. Y a todo ello habría que añadir que la naturaleza de los litigios también ha variado, dado que si antes eran característicos los conflictos de la empresa privada y de la propiedad, actualmente predominan las reclamaciones de daños y perjuicios por accidentes, por productos nocivos o defectuosos, las relaciones familiares, las causas penales y las administrativas.

Todo lo anterior, unido al gasto que conlleva

<sup>1</sup> DEREK C. BOK., *A Flawed System of Law: Practice and Training*, en 33 Journal of Legal Education 530, 1983.

la existencia de un sistema judicial y los retrasos en la resolución de los conflictos por los tribunales, ha provocado movimientos reaccionarios contra este sistema. En la década de los años treinta surgió un movimiento filosófico de pensamiento defensor del realismo jurídico y contrario a todo tipo de normativismo, *Critical Legal Studies*, al que se ha tratado de vincular otros muchos movimientos jurídicos producidos en esa y sucesivas décadas, de entre los cuales debemos destacar *Alternative Dispute Resolutions*, a partir de ahora ADR, es decir “mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales”<sup>2</sup>. Esta ADR ha sido el fruto básicamente de tres tipos de causas<sup>3</sup>: 1) El colapso que se ha producido ante los órganos jurisdiccionales civiles y penales; 2) El sentimiento creciente de que faltan mecanismos privados de resolución de controversias, sobre todo entre los particulares; y 3) La incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la justicia.

Opiniones en contrario también se dejaron sentir; a título de ejemplo puede citarse a FISS<sup>4</sup>, quien tildaba de “trivialization” las fórmulas de ADR frente al proceso

adversarial (con partes) y las consideraba un desprestigio de la función social que se desempeña a través de los órganos jurisdiccionales, de modo que considera que el ejercicio del poder que comporta la función jurisdiccional es instrumento necesario para mantener la balanza del poder político en la sociedad americana, como garantía de las libertades civiles y de los derechos políticos. Este autor identifica la ADR en el ámbito del derecho civil con el *plea-bargaining* en el ámbito penal<sup>5</sup>.

No obstante, las bondades del sistema de la ADR prevalecen sobre las posiciones contrarias, de manera que, siguiendo a CARBONNEAU, pueden considerarse que las notas que le caracterizan son: la posibilidad de práctica, eficacia y economía; de modo que es la respuesta posible ante el volumen de demandas que convierten la vía jurisdiccional en el cauce relativamente inaccesible; de ahí que considere que el litigio ante los tribunales es, sobre todo, “contraproducente en la mayoría de los casos”<sup>6</sup>.

La discusión doctrinal, sin embargo, quedó con los años superada por la misma realidad. Así, es significativo que el 95% de las Facultades de Derecho de los Estados Unidos, y un creciente número de escuelas empresariales, de planificación y de política pública, incluyan cursos de resolución alternativa de conflictos en sus programas de estudios. En

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, M., *Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, Modern Law Review, 1993, p. 282.

<sup>3</sup> TWINING, W. *Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics*, Modern Law Review, 1993, p. 380.

<sup>4</sup> *Against Settlement*, 93 YALE L. J. p. 1073, 1984.

<sup>5</sup> FISS, O., Op. cit., p. 1075.

<sup>6</sup> *Alternative Dispute Resolutions. Melting the Lances and Dismounting the Steeds*, University of Illinois Press, 1989, p. 246.

gran medida ésto es el resultado de una búsqueda de formación e incluso en algunos casos profesionalización exigida a quienes toman parte, en la dirección de estos cauces de solución de conflictos. Tal es así que, como apunta SINGER, "las editoriales jurídicas incluyen la ADR en sus publicaciones sobre enjuiciamiento civil, contratos, agravios y derecho de familia. La mitad de los abogados, jueces y profesores de Derecho en ejercicio, que se inscriben cada mes de junio en el Programa de Formación Jurídica de la Facultad de Derecho de Harvard, eligen asignaturas sobre mediación y negociación. La ADR integra también el plan de estudios del National Judicial College (Colegio Nacional de Jueces). A los abogados empresariales se les invitó a estudiar nuevos caminos de solución de litigios a bordo de un crucero por las islas Hawai. La mayoría de ellos se ha apuntado luego a los seminarios sobre ADR organizados por los colegios de abogados y las asociaciones de resolución de conflictos locales".

Debe tenerse presente que en un principio el significado de la ADR venía configurado más restrictivamente que en la actualidad, de manera que fue en la década de los años ochenta cuando se produjo un cambio en la concepción de este movimiento; la nota esencial que le había caracterizado - la voluntad - dejó de ser tal para convertirse en parte del propio sistema judicial, de manera que se incluyen en dicho término procedimientos intrajudiciales

incluidos en el mismo sistema legal existente, dejando de ser alternativas al sistema público operante y abarcando técnicas o métodos que, surgidos desde los sectores puramente privados, se han incorporado a las instituciones públicas, a los mismos tribunales, como parte integrante del sistema<sup>8</sup>. Este cambio puede provocar en esencia una desvirtuación de lo que fue en su origen, fundamentalmente porque puede conminarse a su utilización, cuando desde los juzgados se impone la utilización de estos métodos bien alternativa o bien previamente a la puesta en marcha del aparato judicial.

En consecuencia, en este movimiento se dieron tres fases: una primera en la década de los años sesenta, que se caracterizó por buscar mecanismos de consenso, verdaderas alternativas centradas fundamentalmente en lo que serían litigios vecinales; la segunda fase, ya en la década de los años setenta, se caracterizó por la denominada crisis en el ejercicio de las prácticas médicas, tratando de buscar soluciones que eliminaran las barreras de los costes del mal funcionamiento de seguros; y, por último, la tercera fase, a mediados-finales de los años ochenta, supone la amplia inclusión de alternativas sobre cualquiera que fuera la naturaleza de las posibles disputas existentes, producto de una necesidad de buscar soluciones más económicas que las que el sistema legal oferta<sup>9</sup>. Esta tercera fase pasa necesariamente

<sup>8</sup> KATZ, L.V., *Compulsory alternative dispute resolution and voluntarism: two headed monster or two sides of the coin?*, Journal of Dispute Resolution, 1993, n. 1, p. 1.

<sup>9</sup> Sobre las citadas fases puede leerse KATZ, L.V., *Compulsory alternativ...*, cit., p. 3.

<sup>7</sup> SINGER, J.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996, pp. 22-23.

por la participación de los órganos jurisdiccionales; tal es así que se elaboran unos programas de ADR dentro de los Juzgados, de manera que casi todos los juzgados de distrito de carácter federal han asumido o están en vías de ello, alguna fórmula de resolución alternativa de los litigios. Como señala SINGER<sup>10</sup>, según un sondeo efectuado por el *National Center for State Courts* (Centro Nacional de Tribunales Estatales), aproximadamente 1200 juzgados estatales y locales cuentan hoy en día con algún tipo de programa de ADR.

Probablemente la concienciación y asunción por parte de los tribunales se debió a que la legislación federal alentaba a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción a confiar, cada vez más, en las técnicas alternativas de solución de conflictos. En 1983 se produce un cambio en las *Federal Rules of Civil Procedure*, favoreciendo desde la Rule 16 (C) el uso de los procedimientos extrajudiciales de resolución de las disputas. Hito importante en esta materia se produce cuando en 1990 se aprueba por el Congreso la denominada *Law of Reform of the Justice Civil (CJRA)*, en la que se conmina a los juzgados de distrito federales a que elaboren e instauren sus propios planes para disminuir los gastos y los retrasos en el desarrollo de los procesos civiles, y les impulsa a la inclusión de programas de resolución alternativa de litigios, allí donde la materia y las circunstancias lo favorezcan, siendo significativo que prácticamente todos lo han hecho. Así, aunque

los programas federales establecen la oportunidad de que los tribunales propongan a las partes la participación voluntaria en estos otros cauces, la realidad americana es otra, dado que cada día hay más jueces que ordenan la mediación directamente, lo que ha provocado que casi la mitad de las demandas se resuelvan mediante mediaciones; en la fase de apelaciones se reduce a un 40%.

Significativo es que en el desarrollo de este movimiento de ADR han tomado parte representantes de los distintos foros y estamentos, provocando una participación plural que, cuanto menos, ha generado un consenso en la aceptación de las técnicas alternativas. El desarrollo y configuración de éstas no resulta, sin embargo, pacífico, generándose una serie de cuestiones de solución no unitaria, de entre las que pueden citarse: las materias a las que se pueden aplicar estas técnicas de solución alternativa de los conflictos; las técnicas que deben emplearse y sus cauces, y las personas más apropiadas para intervenir en las mismas.

Se ha producido en la década de los años ochenta e incluso de los noventa una importante proliferación legislativa<sup>11</sup>. Desde el punto de vista federal importante es la labor comenzada desde 1988 que culminó en 1990 con la reforma denominada *Act of 1990*, que contiene una serie de condiciones de actuación conjunta en los mismos juzgados y, sobre todo, incluye mandatos para expandir el uso de la

<sup>10</sup> SINGER, L.R., *Resolución de conflictos...* cit., p. 221.

<sup>11</sup> En la actualidad se halla pendiente el proyecto de *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*.

ADR desde los tribunales; así autoriza el desarrollo de *Civil Justice Expense and Delay Reduction Plans* en 10 distritos federales, siendo que en tres de ellos deben aplicar los métodos de ADR<sup>12</sup>. Y, paralelamente se desarrollan las *Federal Rules*, siendo de destacar la 16, en la que se trata de conseguir que las partes lleguen a una solución antes de poner en marcha la actuación de los tribunales. Posteriormente en materia administrativa destaca la *Administrative Dispute Resolution Act of 1990*, y la *Civil Rights Act of 1991* que fija para resolver las contiendas civiles esta posible consideración de resoluciones alternativas de las disputas. También de rigor es citar, entre otras, la orden al Presidente Bush de 1991, que pretende potenciar las negociaciones y soluciones previas entre las partes, antes de incoar el proceso judicial, sugiriendo que se utilicen las técnicas de ADR en materia de disputas entre particulares.

Si el impulso de la ADR se produce en EEUU, en los últimos tiempos se ha producido un interés en diversos países europeos por buscar fuera de las coordenadas jurisdiccionales soluciones, técnicas o métodos que, bien integrados en el sistema judicial o bien siendo alternativas o vías previas a aquél, pretenden alcanzar la solución al conflicto sin tener que acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado. Exponentes de cuanto decimos son el modelo alemán y el italiano, que se plasman en la inquietud del legislador de introducir o potenciar algunas de estas soluciones extrajurisdiccionales.

### III. Perspectiva española de solución extrajurisdiccional de conflictos

Desde la perspectiva española es muy interesante la experiencia que en las últimas décadas se está produciendo en los diversos órdenes materiales para alcanzar acuerdos a los conflictos ya surgidos, o para tratar de controlar el no nacimiento del conflicto. Si bien en el ámbito laboral se ha producido en los últimos años un desarrollo importante de los mecanismos de negociación colectiva, la mediación, la conciliación e incluso el arbitraje laboral, tanto para resolver los conflictos colectivos como los individuales, y en el orden administrativo y penal, donde por el carácter de indisponible carecería de razón de ser el desarrollo de estos mecanismos (y pese a todo tanto en vía administrativa como en el ámbito penal existen muestras de convenios, pactos, consensos, acuerdos, etc), nuestro estudio se centra tan sólo en el ámbito civil, donde las posibilidades de alcanzar la tutela efectiva a través de otros mecanismos distintos del Poder Judicial son mayores a las de cualquier otro orden jurisdiccional, por el carácter disponible de las materias que se someten y por el principio constitucional de libertad económica (arts. 33 y 38 CE) en el que se asienta nuestro sistema.

Vamos a exponer las diferentes manifestaciones de esta ADR en nuestro país:

#### 1. La mediación

España, pese a la falta de cultura de tradición de la mediación, ha visto en la última década la

<sup>12</sup> KATZ, L.V., *Compulsory alternative...*, cit., p. 17.

potenciación, desde diversos foros, de la técnica de la mediación como práctica para la resolución de conflictos en el cambio social, percibiéndose así los influjos de la ya existente y consolidada como técnica en el derecho comparado. En esta línea de difusión se centra la aparición de la Asociación para la Promoción de la Mediación en España (APME), que cuenta entre sus objetivos el “difundir la práctica de la Mediación, como conjunto de conocimientos y de técnicas específicas desarrolladas a través de una actividad profesional que necesariamente debe ser conocida por una sociedad inmersa en un profundo cambio, que se dispone a comenzar el S. XXI”. Se insiste desde la misma en que la mediación requiere de una metodología que, pese a hallarse cada vez más extendida, todavía se encuentra en fase incipiente en muchos de los ámbitos sociales y precisa de la creación y fomento de una cultura que facilite su desarrollo y, con ella, su utilización.

Si nada impide la utilización de la mediación en el ámbito civil, significativa es la labor que con mayor entusiasmo se ha abordado en el sector de familia, probablemente por el impulso que, desde la Administración, está tratando de efectuarse tomando como modelo sistemas de nuestro entorno<sup>13</sup>.

En España desde hace aproximadamente diez años vienen desarrollándose iniciativas para fomentar y difundir la mediación, que han llevado a constituir programas de intervención y de formación en toda España. Utilizando

como modelo la Comunidad Valenciana resulta significativo que en 1996 se puso en marcha un Programa de Mediación Familiar vinculado con la Dirección General de Justicia, convirtiéndose a principios de 1998 en el *Servei d'Orientació i Mediació Familiar*; el 1 de octubre de 1997 se puso en marcha el *Servei de Mediació i Reparació de Menors*, subvencionado por la *Direcció General de Serveis Socials*, vigente hasta el mes de enero de 1998, siendo su objetivo el de ofrecer a los menores —que habían sido objeto de denuncia penal— la posibilidad de reparar el daño cometido a sus víctimas, evitándoles, de este modo, la fiscalización judicial de su conducta; también se está desarrollando un *Programa de Gestió de Conflictes en Ambit Escolar*, en colaboración con un Colegio Público de la Ciudad de Valencia. En gran medida toda esta labor ha sido canalizada a través de la *Associació d'Operadors Familiars i Socials* (A.O.F.S), que fue creada en 1997 por un grupo de profesionales

---

Gobierno vasco ha puesto en marcha un programa de mediación familiar integrado en la misma sede jurisdiccional, a la americana, que participa como sistema que completa y ayuda a los Juzgados de Familia; y en esta línea la primera iniciativa fue llevada a cabo en el año 1988 en San Sebastián, subvencionada por el Departamento de Justicia del Gobierno Vasco, aunque la misma no tuvo continuidad; el Parlamento catalán ha elaborado la Ley sobre Mediación; en Madrid se crearon en 1990 dos servicios al mismo tiempo, subvencionados por el Ministerio de Asuntos Sociales; en la Comunidad Valenciana en 1996 se creó un sistema de mediación familiar de carácter gratuito por acuerdo entre la Dirección General de Justicia de la Generalitat Valenciana y la *Associació per al desenvolupament de la mediació i l'arbitrage de la Comunitat Valenciana*, con tres equipos de profesionales voluntarios, uno en cada provincia, siendo la Administración la que ha sufragado los gastos de publicidad.

<sup>13</sup> Actividad importante en este punto es la que llevan realizando en estos últimos años las Comunidades Autónomas. A título de ejemplo puede citarse que el



(médicos, juristas, psicólogos...) con el objeto de dar a conocer la mediación a la sociedad valenciana como el medio más adecuado en la gestión y en la solución de los conflictos. En la Comunidad Autónoma de Catalunya se ha elaborado el segundo anteproyecto de la Ley de mediación familiar en septiembre de 1998, con el deseo de potenciar y favorecer la misma en el seno de los conflictos familiares.

En la mediación familiar destacan elementos de componente personal que van a condicionar de manera más intensa las actuaciones desempeñadas por el mediador, quien intentará velar en todo caso por el beneficio de los hijos, lo que en absoluto implica que sea representante de los intereses del menor, sino que en su actuación, ante el conflicto familiar, ha de asumir que la relación conyugal se rompe, pero la relación paterno-filial derivada de una relación conyugal rota subsiste, lo quieran o no los cónyuges. Una máxima esencial en el desarrollo de la mediación es que no se trata de avenir a las partes -cónyuges en el caso de mediación familiar- tratando de evitar la separación o el divorcio, sino que se pretende ordenar cuantas relaciones, situaciones y condiciones han quedado como consecuencia de la relación familiar. En suma, se pretende, con la ayuda de una persona neutra, que la pareja se siente, negocie, alcanzando una solución de compromiso, en cuantas cuestiones deriven de la relación familiar. Una vez se han efectuado los trámites previos que llevan a la definición para las partes de qué es la mediación familiar, para qué sirve y el marco de actuación, la

voluntariedad es la que formaliza la mediación, mediante la firma de un contrato en el que aquéllas se comprometen a no utilizar la información vertida a lo largo de las sesiones que secuencien el procedimiento.

Las fases de este procedimiento están condicionadas por los teóricos de la mediación, si bien un esquema general llevaría a que, tras la delimitación del problema, se proceda a elegir al mediador -tégase en cuenta que en España este sistema es novedoso, lo que ha llevado a que exista poca oferta para la elección, de ahí que se reduzca a la posibilidad de acudir a profesionales privados, a asociaciones de padres y madres separados/as o a algunos servicios instaurados desde los gobiernos autónomos de carácter público y gratuito-, y comienza el período de recopilación de materiales e información, de manera que cada una de las partes expone su visión del problema, lo que ayuda a su definición. Con ello son las mismas partes las que ofrecen soluciones, exponiendo, en su caso, una crítica de las ofrecidas por la parte contraria. Sólo desde la determinación del marco del conflicto, donde está, cuál es y qué es lo que se plantea para negociar, cuáles son los intereses de cada una de ellas y sus posiciones, es posible comenzar la negociación. El trámite final del procedimiento de mediación es aquel que termina con la redacción de un acuerdo.

Junto al auge de la mediación familiar es posible reconducir este procedimiento a otros contextos, de manera que puede hablarse de la mediación incluso en el arbitraje de consumo, ejerciéndose por la junta arbitral en muchas ocasiones labores mediadoras, que



permiten alcanzar el acuerdo sin tener que desarrollar todo el proceso arbitral. Asimismo podría servir para resolver cuestiones de carácter vecinal (daños en propiedad, deudas en comunidad de vecinos...); también puede citarse la mediación penal y penal juvenil, cuyo objeto es alcanzar la reparación a la víctima, evitándose la sanción punitiva o con reducción de la misma; la mediación escolar, en la que intervendrían padres, profesores, administrativos, alumnos... etc.

La gran bondad de este procedimiento de mediación es que son las partes las protagonistas de la solución, lo que hace que se crean lo convenido y con ello que cumplan "por convicción y no por coacción"<sup>14</sup>.

Así las cosas habría que plantearse la viabilidad legal de esta técnica de solución de conflictos, y fundamentalmente el marco constitucional adecuado para la utilización de la misma. Así:

1º) Cuando el legislador constituyente español estableció el derecho a la tutela judicial efectiva en el art. 24 CE y la función jurisdiccional atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado en el art. 117.3 CE, está consagrando un derecho y la vía y personas para su cumplimiento.

Debe tenerse presente, sin embargo, que como derecho que es, *ultima ratio* de la tutela de los ciudadanos por parte del Estado, puede no ejercerse, si bien los supuestos en que el ejercicio del mismo no se lleve a cabo deben

quedar delimitados en una órbita del ordenamiento jurídico concreto, es decir, en el sector de lo que podría denominarse como derechos o materias disponibles para las partes. Ello significa, en consecuencia, que allá donde el ordenamiento jurídico español permita la tutela y la disponibilidad de la materia que se somete a tutela, cabrá acudir la vía judicial, si se quiere, y los órganos jurisdiccionales como representantes del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional.

2º) Lo anterior no tiene otra explicación que la que se deriva de los arts. 33 y 38 de la CE, en cuanto se reconoce el derecho de propiedad y el de la libertad de empresa en el marco de la economía del mercado. Ello lleva a la afirmación de que los ciudadanos tienen la libre disposición de sus intereses (disponibles) y, por tanto, considerarán o no oportuno la determinación de acudir o no al proceso.

3º) Si se asume la configuración de la vía judicial civil, esto es, el proceso civil como instrumento a través del cual las partes, por sus propios intereses, deciden oportunamente y voluntariamente resolver sus conflictos, es posible que esa voluntariedad, oportunidad y con ello disponibilidad de sus intereses les lleve a decidir o no resolver el litigio y mantener una actitud inhibitoria, o bien acudir a una fuente de solución que escape del control de los órganos jurisdiccionales y a través del proceso.

4º) Atendidas las premisas anteriores, la mediación en materias disponibles es perfectamente posible. Piénsese que, además, incluso en aquellos supuestos en que, por sus propios y oportunos intereses, las partes acudieran a una

<sup>14</sup> MEJIAS GOMEZ, J.F., *Resolución alternativa de conflictos*, Generalitat Valenciana, 1997, p. 26.

fórmula como la mediación para solventar sus disputas, no se trata de una solución a imponer, de la que las partes no puedan evadirse, sino, antes al contrario, se trata de una solución que voluntariamente las partes acogen, que carece de fuerza ejecutiva y que, por tanto, en caso de incumplimiento, quedaría siempre la posibilidad de comenzar todo de nuevo en sede judicial. La ventaja, será siempre que la participación de las partes en la búsqueda de una solución del conflicto supone una predisposición al cumplimiento voluntario de lo acordado.

5º) Para que funcione, deben configurarse las condiciones, la profesionalización de los mediadores, los requisitos y cuantos elementos otorguen las mínimas garantías, más allá de una conciencia asentada en un voluntariado que, de seguro, no va a durar eternamente.

## 2. La Conciliación

Si con la mediación, como diría CARNELUTTI, se persigue una “composición contractual cualquiera”, con la conciliación se busca “una composición justa”; ello va a transcribirse en la fuerza que se le atribuye a la decisión que se alcanza con una u otra vía, dado que la primera se basará y allí estará su fuerza en la voluntad de las partes, que son las “hacedoras” del acuerdo, de cumplir con lo acordado; mientras que la decisión a que se llega en conciliación tiene, cuando de transacción judicial se trate, fuerza ejecutiva (art. 1816 CC), y puede atacarse mediante las causas que sirven para invalidar los contratos (arts. 477 y 692.III LEC). La función que desempeña el mediador es la de acercar posiciones incluso con propuesta de

acuerdos, mientras que en la conciliación las partes se relacionan a través del conciliador, que no hace ningún tipo de propuesta de acercamiento entre las mismas.

Se trata de un mecanismo con raigambre histórico en nuestro ordenamiento jurídico. De ellas podemos hacer dos grupos: a) Las conciliaciones sin intervención pública, en las que la solución del conflicto es consecuencia de la cesión de las partes, de tal manera que dicha solución no se alcanza por decisión impuesta *supra partes* sino *inter partes*, y b) Las conciliaciones con intervención pública. Conciliaciones ante organismos públicos existen varias en nuestro derecho. Así, unas se confían a órganos no judiciales (Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, Registro de la Propiedad Industrial o Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana) y en otras ocasiones se atribuyen a órganos judiciales, que son las reguladas en la LEC, pudiendo, a este respecto, distinguir las dos clases de conciliaciones judiciales: 1) Preventiva o preprocesal, regulada en los arts. 460 a 480; e 2) Intraprosal, regulada en el art. 692 respecto del juicio de menor cuantía. La diferencia entre ambas está en que si la conciliación se realiza antes de la litispendencia será preventiva, evitando el proceso, mientras que si se realiza después, pretendiendo la finalización del mismo, será intraprosal.

La *conciliación judicial preventiva* es un medio de autocomposición que se ofrece a las partes en un conflicto de intereses que se efectúa ante un órgano jurisdiccional para que en su presencia traten las partes de solucionar el conflicto que las enfrenta. No existe proceso

sino procedimiento de conciliación, y el juez (de Primera Instancia y de Paz –art. 460, I LEC–) ejerce una función no jurisdiccional; no resuelve. Se trata de un acto de jurisdicción voluntaria desempeñado por los órganos jurisdiccionales. En el art. 460 LEC se establece, tras la reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, como voluntaria para las partes, frente a la anterior regulación que imponía una solución obligatoria de estar y pasar por la conciliación antes de acudir al proceso. Resulta en ese sentido extraño que la reforma de 1984 convirtiera la conciliación preventiva en postestativa cuando fijaba el intento de avenencia entre las partes como obligatorio en el juicio de menor cuantía regulado en el art. 692 LEC.

Una vez que el proceso ya ha comenzado, es posible una segunda conciliación, la intraprocesal, que se canalizará a través de la denominada audiencia innominada regulada en los arts. 691 y siguientes de la LEC. Si bien había sido ya desde hacía varias décadas propugnada su introducción en nuestro ordenamiento jurídico, y exponentes en el derecho comparado existían al respecto, fue con la reforma procesal de 1984 que el legislador procesal civil español la introdujo con las siguientes caracterizaciones:

a) Se trata de un trámite necesario, del que no se puede prescindir ni por decisión judicial ni por renuncia de las partes.

b) Se establece solo para el juicio de menor cuantía, habiendo sido esto criticado, en cuanto se considera que hubiera sido conveniente introducirla también en el juicio verbal, en el de cognición y en el de mayor cuantía.

c) Su función es plural, de ahí que plurales hayan

sido también los términos empleados para definirla. El preámbulo de la Ley de 1984 la define como aquella a celebrar ante el Juez con el fin de que, una vez formulados los correspondientes escritos de alegaciones y explicitados por tanto los términos del debate, pueda lograrse un acuerdo que reemplace a la sentencia; caso de no lograrse, le otorga la facultad de corregir posibles defectos o faltas en los escritos o en los presupuestos, y en todo caso, tiende a esclarecer la posición de las partes, a delimitar cuestiones de hecho en las que exista conformidad o discrepancia y a hacer posible, con vista a la prueba, que estén claramente definidas las posiciones en conflicto. Permitirá al juez darse cabal cuenta de la dimensión jurídica del problema, así como de sus aspectos psicológicos y éticos, esto es, del fondo humano y social de la contienda.

d) Creemos que el término “audiencia o comparecencia innominada” es el que menos problemas plantea, dado que el utilizado como saneadora tan sólo hace referencia a alguna de sus funciones; el de previa o preliminar no responde a la realidad. Las finalidades que se pretenden conseguir con esta audiencia innominada son: a) Conciliar; b) Determinar el procedimiento adecuado; c) Delimitar los términos de debate; y d) Subsanan los presupuestos y requisitos procesales.

e) En la audiencia el juez “exhortará” a las partes a alcanzar un acuerdo, pudiendo: existir avenencia, en cuyo caso se pone fin al acto y al proceso; o que no se logre avenencia, en cuyo caso el acto continuará. Si existe avenencia los términos del acuerdo se harán constar en el acta,

que firmarán el juez, los intervinientes y el secretario<sup>15</sup>; el acuerdo habrá de atenerse a las normas generales para la validez de los contratos y a las propias normas sobre renuncia<sup>16</sup> y transacción (art. 692.3). Si existiere incumplimiento por alguna de las partes, lo convenido se llevará a efecto por los trámites para la ejecución de las sentencias (art. 692 L.E.C.), lo que le confiere el valor de título ejecutivo.

f) Esta audiencia plantea algunas cuestiones en la práctica tales como si deben ser citados los litigantes directamente no bastando la citación a sus procuradores (si bien del tenor literal de la ley parece desprenderse que debe efectuarse directamente a los litigantes, creemos suficiente la citación al procurador); la asistencia obligatoria al acto de la audiencia lo es del juez, del secretario y de los litigantes o de sus representantes, si bien no debe olvidarse que la no asistencia del letrado no debe implicar automáticamente la suspensión del acto<sup>17</sup>; la inasistencia de todas las partes, si bien no resuelta, debe entenderse

que produce los mismos efectos que el desistimiento, quedando prejuzgada la pretensión y pudiendo interponerse de nuevo posteriormente.

g) Cuestión específica es la de delimitar qué significado tiene el término “exhorto” del Juzgado a las partes para alcanzar el acuerdo. Como señala TENA FRANCO<sup>18</sup> «en la práctica es difícil encontrar cuál es el punto de equilibrio en el que el juez debe situarse». Habrá que instruirse con anterioridad a la audiencia sobre la materia en cuestión, y en el acto oír a las partes sobre la posible avenencia, dejar que expongan sus posiciones y que puedan llegar a replicarse entre sí, intentando que exista la mayor espontaneidad posible, evitándose actitudes herméticas, cerradas y de obcecación. En suma, la clave del éxito se halla en la presencia de los litigantes y sus letrados, dado que como directores técnicos de aquéllos van a ser requeridos y su ausencia va a jugar como factor decisivo para no alcanzar la avenencia<sup>19</sup>.

En suma, nos hallamos ante una solución autocompositiva del litigio. Si se logra la avenencia se producirá el desistimiento, el allanamiento o la transacción<sup>20</sup>. Si no se alcanza

llegará a un resultado satisfactorio. Y es que el procurador no suele estar instruido del fondo de la controversia para cumplir con el contenido de la comparecencia y el litigante en caso de comparecer por sí mismo de un lado no se suele atrever a aceptar ningún posible acuerdo sin asesorarse previamente con su letrado y no posee, de otro lado, los conocimientos jurídicos necesarios para cumplir con los otros fines de la comparecencia”.

<sup>15</sup> Supuestos alternativos..., cit., p. 50.

<sup>16</sup> Supuestos alternativos..., cit., p. 50.

<sup>20</sup> No debe olvidarse que al analizar las vías alternativas

<sup>15</sup> Es obligatoria la presencia del juez y del Secretario, lo que debe llevarnos a afirmar que se trata de una presencia judicial activa, en cuanto debería adoptar este papel activo y no convertirse en un mero espectador.

<sup>16</sup> La renuncia de derechos no ha de contrariar el interés o el orden público, ni perjudicar a terceros (art. 6.2 C.C.), no se podrá transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre alimentos futuros (art. 1814 C.C.), ni podrá haber acuerdo en los juicios en que estén interesados la Administración Pública, menores e incapacitados (art. 460 L.E.C.).

<sup>17</sup> Como señala TENA FRANCO, I., *Supuestos alternativos de terminación del proceso*, “Curso sobre resolución alternativa de conflictos”, Generalitat Valenciana, 1997, p. 48: “La no asistencia al acto de los abogados no suspenderá el acto... se apunta que el precepto implica una derogación tácita del art. 10 L.E.C. (STS 10 VI 92), de otro lado que sin su presencia es evidente que muy difícilmente se

dicha avenencia estamos ante una actividad que tiende a la autocomposición sin alcanzarla<sup>21</sup>. Estamos, en consecuencia ante algo distinto del proceso, dado que el juez interviene pero no para imponer una solución al conflicto, el juez no actúa jurisdiccionalmente, sino que se limita a aproximar a las partes, sin resolver.

### 3. El Arbitraje

Es una fórmula heterocompositiva de solución de los conflictos en la que interviene un tercero imponiendo la solución, acogiéndola las partes. Su regulación se halla en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, que en su momento pretendió revitalizar una institución con claro raigambre histórico en nuestro sistema,

---

que en ocasiones son complementarias, sucesivas o previas a la vía jurisdiccional estamos delimitando la negociación, mediación, conciliación y arbitraje, si bien en muchas ocasiones lo que subyace son actos que implican la desaparición del proceso. Cuando los mismos se producen y el proceso ha comenzado implican una terminación anormal del proceso con fundamento en el principio dispositivo que canaliza el despliegue de la autonomía de la voluntad. De este modo las formas anormales de terminación del proceso son medios a través de los cuales se produce una alternativa al desarrollo íntegro del proceso; baste pensar en el desistimiento, la renuncia, el allanamiento, la transacción y la caducidad, con efectos procesales, bien por voluntad de una de las partes, que hace dejación de la pretensión-resistencia o dejación solo del proceso, bien por voluntad de ambas que dejan transcurrir el tiempo sin actividad alguna o porque deciden llegar a un acuerdo. Se trata en todos ellos de actos que anormalizan el curso del proceso, provocando una terminación de la actividad procesal, con diferentes efectos según la extensión y tipo de actos realizados.

<sup>21</sup> Vide MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I*, València, Tirant lo Blanch, 1998, p. 127.

convirtiéndose en un importante revulsivo respecto de la legislación anterior<sup>22</sup>.

Cuestión interesante es la de su naturaleza jurídica, que conecta con el análisis histórico de la institución y su perspectiva constitucional. Son ya numerosas las resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se plantea la naturaleza jurídica del arbitraje, su configuración y encuadre con el derecho a la tutela judicial efectiva así como las posibles dudas de constitucionalidad que la regulación del mismo conlleva<sup>23</sup>. La Constitución española de 1978 no se refiere expresamente al arbitraje en su articulado, lo que no impide que podamos fundamentar constitucionalmente la institución arbitral.

Si bien en la Constitución española de 1812 (arts. 280 y 281) se hacía referencia al arbitraje como derecho de los españoles, ya en Las Partidas (en la Partida III) se hacía referencia al mismo. Las constituciones sucesivas no se

---

<sup>22</sup> Piénsese que la sustitución del régimen jurídico del arbitraje de derecho privado estructurado al amparo de la Ley de 22 de diciembre de 1953 implicaba ya un innegable avance respecto de la situación anteriormente existente. Sin embargo, la Ley de 1953 estaba concebida para la solución arbitral de conflictos de derecho civil en sentido estricto, no sirviendo en la práctica para solucionar "mediante instrumentos de composición arbitral las controversias que surgen en el tráfico mercantil, ni menos aún para las que surgen en el tráfico mercantil internacional", como señala expresamente la Exposición de Motivos de la Ley de 1988.

<sup>23</sup> SSTC 43/1988, de 16 de marzo, BJC 1988-84, pp. 517 y ss; 233/1988, 2 de diciembre, BJC 1988-92, pp. 1590 y ss; 61/1991, 20 de marzo, BJC 1991-120, pp. 81 y ss; 288/1993, 4 de octubre, BJC 151 (1993), pp. 50 y ss; 174/1995, 23 de noviembre, BJC 176 (1995), pp. 32 y ss; 75/1996, 30 de abril, BJC 181 (1996), pp. 116 y ss; y 176/1996, 11 de noviembre, B.O.E. 17 de diciembre, entre otras; y los AATC 259/93 de 20 de julio, y el 326/1993 de 26 de octubre.

refirieron de manera expresa al arbitraje, si bien si lo hicieron respecto de la necesidad de mantener la exclusividad jurisdiccional respecto de los otros poderes del Estado. Del estudio constitucional del arbitraje podemos concluir: 1º) El arbitraje tiene su sustento constitucional en la libertad, motor y fundamento de la institución (ATC 259/93, de 20 de julio), y en el principio de autonomía de la voluntad, convirtiéndose en el “medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados: lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)” (STC 176/1996, de 11 de noviembre).

La Constitución establece que la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los jueces y magistrados (art. 117.3), lo que podría provocar una duda de constitucionalidad en cuanto existiesen órganos no jurisdiccionales que ejercieran la función de resolución de conflictos. La existencia de la institución arbitral se basa en la libertad, en la autonomía de la voluntad, en la disponibilidad de lo disponible que lleva a que o bien se asuma la no resolución del conflicto (no acudiendo a ningún mecanismo ni órgano que resuelva el conflicto planteado) o bien eligiendo de entre los posibles la vía que parezca más acertada a los intereses de los sujetos en conflicto.

El Auto TC 259/93 de 20 de julio ha sido muy expresivo: “Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y

motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del “juez”, titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de *imperium*, y del “árbitro”, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc). La función que ejerce el árbitro es para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y en ese “casi” está el *quid* de la cuestión. Efectivamente la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de *potestas* o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE) ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado, Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial



que ordene su cumplimiento en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque solo a los jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS Sala tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987)".

2º) Lo anterior conlleva una convivencia pacífica con la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, no afectando la institución arbitral al ejercicio de tal derecho, siempre que ésta se asiente en los citados derechos de libertad y de autonomía de la voluntad, que se plasman en el convenio arbitral. No obstante la existencia de un arbitraje obligatorio, excluyente legalmente, de la tutela judicial si que implica atentado constitucional frente a tal derecho, como lo ha puesto de manifiesto el TC en relación con el arbitraje en materia de transporte del artículo 38.2, 1 de la LOTT. La STC 174/1995, de 23 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad del artículo 38.2, párrafo 1 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, según el cual: "Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario"<sup>24</sup>.

De lo que se desprende que el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE no supone que la vía del Estado-Juez-

Proceso sea obligatoria ni tampoco que sea la única vía para la resolución de los conflictos; de este modo, el particular puede bien acudir a esta vía u optar por otros cauces diferentes.

3º) No cabe plantear la cuestión de inconstitucionalidad por los árbitros al TC, al estar ésta exclusivamente reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE, Auto 259/93 de 20 de julio)<sup>25</sup>. Creemos, sin embargo, que si los árbitros aplican el derecho y tienen dudas de constitucionalidad, debería permitírseles plantearlas.

4º) Cabe acudir al amparo planteado tras el laudo arbitral, pero tan sólo referido a las supuestas vulneraciones referidas a las actuaciones del órgano jurisdiccional que conoció del recurso de anulación frente al laudo; de lo contrario, resulta extraño al ámbito y funciones del proceso constitucional de amparo cualquier cuestión que pueda suscitarse al hilo del laudo arbitral que ha recaído en el proceso arbitral correspondiente. La Sentencia del TC de 11 de noviembre de 1996: "...en el bien entendido de que este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC) resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo. Solo en la medida, bien escasa como veremos, en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso de nulidad

<sup>24</sup> E. TC., en S.75/1996, de 30 de abril, concedió el amparo al considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, al someterse al demandante en amparo a un procedimiento arbitral obligatorio, del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios, sin consentimiento previo.

<sup>25</sup> Pese a la legalidad vigente, no se encuentran razones jurídicas que amparen esta situación, máxime cuando se le está atribuyendo al laudo efecto de cosa juzgada. Ello significa que en caso de un arbitraje de derecho carece de sentido la imposibilidad de que el árbitro no pueda plantear sus dudas de constitucionalidad.



frente al laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial o la prestación de dicha tutela por órgano judicial no legalmente predeterminado. Aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional”.

Atendidas las indicaciones del Tribunal Constitucional, queda sin embargo, por definir el arbitraje como aquella institución a través de la cual “el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho actúa en ejercicio de una potestad de “*juris dictio*”, pues el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, ésto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles” (ATC.326/1993, de 26 de octubre).

Así, frente a quienes mantuvieron una visión contractualista del arbitraje, pensamos que si bien en su origen el arbitraje se asienta en el convenio arbitral (contrato, elemento contractualista, art. 51 A), la institución en su desarrollo responde a los parámetros jurisdiccionales, máxime si se parte del principio general de que el laudo produce cosa juzgada (art. 37) y es título ejecutivo (art. 52), y teniendo en cuenta que en

el procedimiento arbitral deben respetarse los principios esenciales de la actividad jurisdiccional o proceso (art. 21.1). Con ello se conseguiría la integración del arbitraje en el sistema procesal civil, pudiendo resolverse las cuestiones no solucionadas por el legislador en materia de arbitraje, por remisiones al proceso civil.

A pesar de todo lo expuesto, no existe cultura arbitral. La tendencia general es la de diversificar su regulación en los denominados arbitrajes especiales, destacando: a) El arbitraje de consumo, cuya configuración arranca del art. 34 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que supuso el desarrollo del art. 51 CE; y que ha encontrado su despliegue en la Disposición Adicional Primera de La Ley de 5 de diciembre de 1988 y en el RD 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo; b) el arbitraje en materia de transporte, regulado en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres; c) el arbitraje en materia de seguros, al que se refiere la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; d) el arbitraje en materia de propiedad intelectual, regulado por RDI. 1/1996, de 12 de abril, de Propiedad Intelectual; e) el arbitraje cooperativo, establecido por el art. 163.1 Ley general de Cooperativas y la Ley 11/1985, de 25 de octubre, de Cooperativas de la Comunidad Autónoma de Valencia, que lo regula en el art. 108; f) el arbitraje en materia de arrendamientos urbanos, regulado en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

De todo lo expuesto nuestras reflexiones finales se centran en:

a) Se necesita buscar una solución legal al tema de la tutela cautelar, que facilite la adopción de medidas cautelares antes del procedimiento y durante el mismo, estableciéndose cauces de intervención del árbitro y del juez, sin que neguemos la posibilidad de que sean los árbitros los que adopten medidas cautelares que, necesariamente, deben ser ejecutadas por el juez.

b) La necesidad de evitar las exigencias de protocolización del laudo y los gastos que ésta supone, favoreciendo las soluciones dadas a este respecto en los arbitrajes especiales, exentos de estos requisitos tan formales y caros.

c) La afirmación de que aquí tenemos un proceso arbitral, debiendo, como apunta MUÑOZ SABATE<sup>26</sup>, asumirse por el Estado un papel importante de manera que se la crea, estableciéndose la porosidad suficiente para comunicarse con el resto del ordenamiento procesal, restringiendo los numerosos recelos que el legislador ha mostrado por el arbitraje.

d) En fase de ejecución habría que replanteárselo todo, dado que la mera remisión a la LEC implica una quiebra del sistema arbitral, con una ejecución lenta y cargada de excesivos formalismos, cuestiones como la participación activa o de control del juez en el despacho de la ejecución, las causas de oposición del ejecu-

tado a la misma..., entre otras, quedan sin resolver.

En suma, todo lo que antecede nos lleva a reclamar un nuevo modelo arbitral, más acorde con la realidad socio-cultural y jurídica en la que nos encontramos, que permita realmente esta vía arbitral y que asuma la vertiente internacional como un componente más de dicha reforma; si nuestros informes son ciertos, dicha reforma está ya en marcha.

<sup>26</sup> *La ley de arbitraje: un campo sembrado de minas*, en Curso del CGPJ sobre "Arbitraje, mediación, conciliación, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, p. 11.